

NOTAS SOBRE EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

Ángela Aparisi Miralles

Universidad de Valencia



L principio de no discriminación es una de las más claras manifestaciones de la igualdad. Pero, como voy a intentar mostrar a lo largo de esta exposición, desigualdad de trato no es sinónimo de conducta discriminatoria. El principio de no discriminación, aunque originariamente derivado del principio de igualdad formal, ha ido aproximándose progresivamente al plano sustantivo, alcanzado en la actualidad un *status* propio. De hecho en nuestras sociedades occidentales, al tiempo que se avanza en el reconocimiento de la igualdad formal parece que se retrocede en el campo de la discriminación. Fenómenos racistas, como los que últimamente estamos presenciando en nuestro ámbito cultural, parecen confirmarlo. Para desarrollar estas ideas voy a seguir el siguiente esquema: partiendo de la exigencia de igualdad tal y como la entiende nuestra Carta Magna intentaré delimitar el contenido del mandato de no discriminación recogido en el segundo inciso del artículo 14 de nuestra Constitución, señalando algunas diferencias y semejanzas con respecto al principio de igualdad; finalmente esbozaré algunas ideas y reflexiones relativas a las posibles vías de tutela antidiscriminatoria.

Pero antes de comenzar quisiera hacer una advertencia: me enfrento, como es bien conocido, con un tema amplio y complejo cuyo tratamiento, además, remite a campos diversos como el Derecho constitucional y de modo muy intenso el internacional. Dejando de lado por su extensión esta última dimensión del problema, en esta exposición me centraré en el planteamiento del tema en el marco del ordenamiento jurídico español. Por ello, mis reflexiones serán necesariamente incompletas y esquemáticas.

1. LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Al intentar concretar la noción de igualdad en el ordenamiento jurídico español, creo imprescindible partir de nuestra Carta Magna. Siguiendo a Pérez Luño¹ en la Constitución española la igualdad es entendida como valor, como principio² y también como derecho fundamental:

a) Como sabemos, el reconocimiento de la igualdad entendida como valor aparece plasmado en el artículo 1.1 de la Constitución. De todos es conocida la innovación que supuso la recepción, en normas positivas, de valores superiores³. Siguiendo a Llamas Cascón, la referencia a valores en la Constitución española implica la autoexigencia de un Estado que se propone como fines elementos jurídico-morales desde su propio ordenamiento jurídico⁴. Ello con respecto a la igualdad se traduce en la atribución a ésta de una triple dimensión: fundamentadora, orientadora y crítica⁵.

¹ PÉREZ LUÑO, A. E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», en *op. cit.*, pp. 141 y ss.; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2.ª edición, 1986, pp. 288-289.

² Como repetidas veces se ha puesto de manifiesto, la distinción entre valor y principio es un tema polémico. Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *op. cit.*, pp. 292-292; PÉREZ LUÑO, A. E., *Sobre la igualdad en la Constitución española*, *op. cit.*, pp. 142-143; FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, E., «Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p. 60, y la bibliografía que allí se cita.

³ *Vid.*, entre otros, PAREJO ALFONSO, L., *Constitución y valores del Ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990; PECES-BARBA, G., *Los Valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1984; BASILE, *La Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 253 y ss.; MARTÍNEZ DE VALLEJO, B., «Los Valores Jurídicos», en AA. VV., *Curso de Introducción al Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 162 y ss., etc.

⁴ LLAMAS CASCÓN, A., *Los Valores Jurídicos como Ordenamiento material*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 215. Sobre posibles antecedentes de este artículo 1.1 en la historia jurídica española y en el derecho comparado, *vid.*, pp. 216 y ss. de esta obra. Asimismo, sobre su tramitación parlamentaria, *vid.*, pp. 222 y ss.

⁵ *Vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., *Sobre la igualdad en la Constitución española*, *op. cit.*, pp. 141-142; *Vid.*, MICLO, *Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois*, AJDA, 1992, p. 116.

Por otro lado, interesa destacar que la igualdad, comprendida como valor superior, no debe entenderse de un modo autónomo, ya que, como señala Peces-Barba, se halla conectada directamente con otros valores como la solidaridad, la libertad y la seguridad. Para este autor, «la igualdad consiste en concretar los criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, en crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo».

b) En segundo lugar, y como ya he señalado, la igualdad es entendida por el constituyente español como un principio⁶, incluyendo sus dos manifestaciones fundamentales: la formal (art. 14) y la material (art. 9.2). Tan sólo recordar aquí que, con respecto a la igualdad entendida en su dimensión formal, el Tribunal Constitucional español ha distinguido las dimensiones de igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley. Ha enlazando así con toda la tradición constitucional europea y norteamericana⁷ al tutelar no sólo el «acto justo» —igual tratamiento a todos los que se hallan sometidos a una misma disposición jurídica—, sino también la «regla justa», ausencia de distinciones injustificadas en el contenido legal⁸.

⁶ Por principio, según Laporta, debemos entender «un enunciado normativo de carácter muy general o abstracto, pero que dejando a un lado esa generalidad o abstracción, no tiene una estructura diferente de la norma concreta (LAPORTA, F. J., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», en *Sistema*, julio, 1985, 67, p. 5. Pero la distinción entre norma y principio es problemática. Como hemos podido comprobar, Laporta representaría una postura que limaría diferencias entre norma y principio. Sin embargo, existen otros enfoques, como por ejemplo el de Dworkin, que insistirían en los elementos diferenciales. Vid., DWORKIN, R., *¿Es el Derecho un sistema de normas?*, en Dworkin, R. (edit.) *La filosofía del Derecho*, trad. J. Sainz de los Terreros, México, FCE, 1980, pp. 85-86. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 73 y ss. Asimismo, vid., sobre este punto, entre otros, ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. E. Valentí, Barcelona, Bosch, 1961; SINGER, M. G., «Moral rules and Principles», en *Essays in Moral Philosophy*, ed. A. I. Melden, University of Washington Press, 1958, pp. 160 y ss.

⁷ Vid., RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, pp. 28 y ss.

⁸ En este sentido, por ejemplo, la Sentencia 49/1982, de 14 de julio («BOE» de 4 de agosto de 1992), establece que:

«La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o la igualdad en la ley y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.»

c) Y, por último, entiendo que la igualdad es, asimismo, un derecho fundamental⁹. Siguiendo a Pérez Luño¹⁰, la condición de derecho fundamental reconocida a la igualdad formal contenida en el artículo 14 de la Constitución española estaría apoyada en: a) su inclusión en el capítulo II («Derechos y libertades») del título I («De los derechos y deberes fundamentales») de la Constitución, y b) en la garantía reforzada del artículo 53.2 de la Constitución española establecida para «la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional».

2. IGUALDAD FORMAL, IGUALDAD MATERIAL Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Llegados a este punto tenemos que preguntarnos, ¿cuál es el significado que debemos atribuir al mandato que contiene nuestra Constitución en el

⁹ Vid., PÉREZ LUÑO, A. E., *Sobre la Igualdad en la Constitución española*, op. cit., pp. 145 y ss. Como es bien conocido, sobre este punto ha existido una amplia controversia mantenida entre aquellos que entendieron que la exigencia de igualdad plasmada en la Constitución española poseía tan sólo el carácter de «principio» (vid., por ejemplo, BASILE, S., *Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en Predieri, A.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (edit.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, p. 277; GÁLVEZ, J., «Artículo 14», en GARRIDO FALLA, F., *Comentario a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 182-183), de tal modo que imponía vínculos al legislador y al resto de poderes públicos, y los que se manifestaron a favor de su dimensión de derecho fundamental (vid., CANO MATA, A., *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Edersa, Madrid, 1983, p. 8). El Tribunal Constitucional español sostuvo originariamente la primera postura al referirse de forma expresa «al principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución» que posee carácter informador del ordenamiento jurídico (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1 y 16, «BOE» de 24 de febrero de 1981; STC 100/1981, de 6 de abril, FJ 6, en BJC 3, p. 189; STC 27/1981 de 20 de julio, FJ 4, en BJC 6, p. 411). Sin embargo, posteriormente se produjo una evolución en el seno del Tribunal Constitucional, de tal modo que la exigencia de igualdad contenida en el artículo 14 se ha llegado a considerar como un derecho de los ciudadanos. Así, es significativa la Sentencia 49/1982, de 14 de julio, la cual sostenía que: «El artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual» (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2, en BJC 16/17, p. 661. En el mismo sentido, la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2, «BOE» 18 de agosto de 1983, en la que se señala que: «El artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos...»).

En este sentido se manifiesta Luhmann, para quien la igualdad no es un derecho fundamental, «no es una pretensión de los individuos frente al Estado» sino «un elemento estructural de todo el derecho». Igualdad significa «previa determinación del modo en que el derecho cambia y el logro de una normativa abstracta que no supone una indiscriminada equiparación, sino una previsión de toda diferencia...» (LUHMANN, N., *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 2.ª edic., Duncker und Humblot, Berlin, 1974, pp. 150, 163-167, cit. en MARTÍNEZ GARCÍA, «Justicia e igualdad en Luhmann», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 43, 71, 79, 80 y ss.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Sobre la igualdad en la Constitución española*, op. cit., p. 150.

segundo inciso de su artículo 14 en el que se sostiene que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social? ¿Se trata de una mera especificación de la igualdad o tiene un contenido propio? Pienso que debemos partir de recordar que el artículo 14 contempla la vertiente formal de la igualdad, frente a la material que se reflejaría en el artículo 9.2. Por ello, atendiendo al dato de su ubicación, parece que el principio de no discriminación tendría que ser considerado, *prima facie*, como una manifestación de la exigencia de la igualdad de trato. A ello contribuiría también la propia estructura del precepto. En efecto, el artículo 14 recoge en un mismo apartado la exigencia de igualdad y la de no discriminación por causas específicas, siguiendo así, en parte, el modelo italiano, y separándose de otras experiencias en derecho comparado que contemplan de forma diferenciada ambos mandatos ¹¹.

El Tribunal Constitucional español, a diferencia de lo que ha ocurrido con el principio general de igualdad de trato —que en líneas generales ha sido interpretado de un modo bastante regular— ha optado, con respecto al mandato de no discriminación, por soluciones interpretativas muy dispares. Como destacan Pérez del Río y otros, en relación con la prohibición de discriminación, los vaivenes jurisprudenciales han sido muy espectaculares, conviviendo en un determinado momento distintas referencias teóricas según cual fuera la causa de discriminación alegada ¹². En un principio nuestro máximo intérprete de la Constitución entendió que era discriminatoria aquella diferencia de trato no razonable o suficientemente justificada. El mandato de no discriminación se consideraba así, tan sólo, una manifestación del principio de igualdad. Desde este punto de vista, si la exigencia de igualdad implica un juicio previo de razonabilidad para justificar las diferencias, el listado del artículo 14 facilitaba este proceso al establecer como criterio constitucional la no razonabilidad, en principio, de las diferencias de trato que tuvieran su causa en las especificaciones

¹¹ En el ámbito italiano, la prohibición recogida en el artículo 3.1 de la Constitución de no distinción en atención a determinados elementos de diferenciación como el sexo, la raza, la lengua, la religión, etc., no se ha interpretado como un mandato diferente a la exigencia de igualdad. La jurisprudencia constitucional italiana ha admitido distinciones en base a estos criterios, pero siempre que sean razonablemente justificadas. Por ello, el mandato de no diferenciación en atención a causas específicas queda asimilado a la exigencia de igualdad. Lo que se pretende, meramente, es que la distinción no sea irrazonable o injustificada (*Vid.* BARBERO, A., *Manuale di Diritto Pubblico*, Il Molino, 1984, p. 308). Quisiera advertir que en lo que sigue, la ponencia debe mucho a los excelentes trabajos de RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, y PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., y DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, 1993.

¹² *Vid.* PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., y DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 69.

previstas¹³. El mandato de no discriminación, según el Tribunal Constitucional, «lo que prohíbe es un tratamiento diferente de situaciones iguales»¹⁴.

Parece que a esta interpretación habría contribuido la frase final del artículo 14 que remite a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Al ampliar el marco de las causas de no discriminación, cabría aquí incluir cualquier supuesto de desigualdad de trato injustificada, por lo que, por un lado, se extiende extraordinariamente el ámbito de aplicación de la prohibición de no discriminación, pero a la vez, se suprime lo que sería su contenido autónomo, su original sentido «emancipatorio» o «antisegregacionista», al equiparar los supuestos específicos a cualesquiera otros¹⁵.

Este enfoque, sin embargo, en ocasiones ha cedido ante una interpretación más rigurosa del mandato de no discriminación frente a la exigencia de igualdad. En estos casos, igualdad y discriminación, aunque muy conectados, no son conceptos idénticos. Así, por ejemplo, en la Sentencia del TC 81/1982, de 21 de diciembre, se establece que en aquellos casos en los que el factor diferencial fuera uno de los típicos del artículo 14 la carga de la demostración del carácter justificado de trato diferente se torna más rigurosa que en todos aquellos supuestos que quedan genéricamente dentro del principio de igualdad. Se entiende así que en la prohibición de discriminación existe un veto constitucional específico, que sólo puede ser salvado con un examen más riguroso de la razonabilidad de la diferenciación¹⁶, examen que podrá superarse si el fundamento de la diferenciación se encuentra en valores constitucionales, por lo menos, tan estrechamente protegidos como lo está el afectado. Se establecen así las bases de un escrutinio estricto, frente a la relajación que preside en el juego del principio general de igualdad¹⁷. Sin embargo, como se puede comprobar,

¹³ Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981 sostenía que lo que prohíbe el principio de no discriminación es que la desigualdad de tratamiento legal no sea injustificada por no ser razonable, de tal modo que «la propia esencia del principio de igualdad» rechaza toda desigualdad que sea irrazonable y por ello discriminatoria («BOE» de 10 de noviembre de 1981). *Vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁴ STC 26/1984, de 24 de febrero («BOE» de 9 de marzo), FJ 3; en el mismo sentido, STC 99/83, de 16 de noviembre, FJ 1; 1/84, de 16 de enero, FJ 2; 177/88, de 10 de octubre, FJ 5; 209/88, de 10 de noviembre, FJ 4 y 6. Ésta es la línea que ha seguido el TEDH. Sobre su jurisprudencia *vid.* SUAY RINCÓN, *El Principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, pp. 87-106; ERGEC, R., *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, vol. I, Bruxelles, Presses Universitaires des Bruxelles, 1990 (2), pp. 75-101.

¹⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *op. cit.*, p. 69.

¹⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *op. cit.*, p. 72.

¹⁷ PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., y DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 72.

esta mayor rigidez en el juicio de razonabilidad no deja de enmarcarse en una interpretación meramente estática del mandato de no discriminación. Lo único que variaría sería la intensidad del control en cada uno de los supuestos.

Frente a ello, podríamos interpretar como quiebra de esta línea la STC 128/1987, de 16 de julio, la cual, según Pérez del Río y otros, constituiría «el máximo exponente de un importante cambio conceptual»¹⁸. Según esta sentencia, el artículo 14 CE «representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE». De acuerdo con esta sentencia no basta, para apreciar la justificación de la diferencia de trato, un control más estricto de su racionalidad, sino que esta diferencia estará amparada sólo si es adecuada para hacer desaparecer la situación arraigada de marginación. Por otro lado, la sentencia destaca que las circunstancias enumeradas en el artículo 14 (en el caso de la sentencia aludida es el sexo) recogen en realidad sectores socialmente marginados de la población frente a otros que no lo están. La prohibición de discriminación no tendría, por ello, carácter bilateral —lo cual sucedería si protegiera indistintamente a cualquier miembro de la sociedad— sino unilateral, porque estaría pensando solamente en determinados colectivos que se encuentran en situación de inferioridad frente a otros¹⁹. Esta línea, aunque con algunos altibajos²⁰, ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional en posteriores sentencias²¹, de tal modo que parece posible admitir que se abre paso en la jurisprudencia constitucional un segundo sentido, más estricto, del término discriminación. En efecto, en el ámbito internacional, tras la Primera Guerra Mundial y en el marco de la problemática surgida a consecuencia de la existencia de minorías nacionales y religiosas en los nuevos Estados, se puso de manifiesto que la protección de estos colectivos requería, sin merma del aseguramiento de sus

¹⁸ Vid. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., y DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op. cit., p. 73. Para estos autores podríamos considerar como precedente de esta postura el voto particular del Magistrado Sr. Rubio Llorente a la STC 103/1983.

¹⁹ Vid. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., y DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op. cit., pp. 73 y ss.

²⁰ Entre otras, la STC 63/1994, de 28 de junio, y 5/1994, de 17 de enero.

²¹ Así, por ejemplo, la Sentencia TC 173/1994, de 7 de junio, establece que el trato peyorativo que implica la discriminación posee un carácter atentatorio de la dignidad del ser humano. Asimismo, SSTC 153/1994 y 3/1993, de 14 de enero, la cual se refiere a la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer.

peculiares características propias de un grupo minoritario, una protección especial antidiscriminatoria. Este movimiento se hizo más patente tras la Segunda Guerra Mundial y tuvo su desarrollo especialmente en el seno de las Naciones Unidas²². Encontramos así una noción distinta de discriminación. De acuerdo con ella, ésta presentaría unos rasgos jurídicos lo suficientemente claros como para permitir entenderla, no como una simple especificación de la igualdad, «sino como un mandato especial que va más lejos y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la ley»²³. El constituyente, al enumerar dichas causas de diferenciación, en realidad estaría realizando un diagnóstico sobre el peligro de ciertos fenómenos sociales de segregación que deberían evitarse y erradicarse. La discriminación se perfilaría así «como una situación de marginación sistemática, histórica y profundamente arraigada en un momento dado y en una determinada sociedad, que incide sobre ciertos colectivos de sujetos, caracterizados, bien por razones derivadas de opciones legítimas de todo ser humano, o por concurrir en ellos rasgos inseparables de la persona, sobre cuya pervivencia ésta no tiene ninguna posibilidad de elección»²⁴. Desde este enfoque, tras un acto externo de discriminación existe un proceso profundo de «victimización» sistemática de determinados colectivos amparado en un «state of mind» peyorativo hacia un individuo o un grupo²⁵. Esta situación no se apoyaría en diferencias naturales o biológicas, sino que tendría raíces fundamentalmente sociales. Se trataría de un proceso construido socialmente²⁶, de tal modo que todo acto de discriminación sería el resultado de una regla social implícita o explícita. Por ello, el artículo 14, inciso segundo, establecería una prohibición más rigurosa que iría más allá de la exigencia de la mera razonabilidad o no arbitrariedad de las leyes, de su aplicación y de las actuaciones de los poderes públicos, para suponer una crítica y una corrección de unos fenómenos sociales «anómalos», especialmente graves y rechazables por la naturaleza de los datos que se tienen en cuenta para fundamentar la diferencia de trato. Este proceso en muchas ocasiones llegará a negar la igual dignidad de determinados grupos o personas²⁷.

²² Con respecto al nacimiento y evolución de esta noción de discriminación *vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, pp. 84 y ss.

²³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *op. cit.*, pp. 65, 81 y 82.

²⁴ PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., y DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 13.

²⁵ *Vid.* VIERDAG, *The Concept of Discrimination in International Law*, La Haya, 1973.

²⁶ En relación al concepto de raza, *vid.* DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 13, 41.

²⁷ *Vid.*, en este sentido, la STC 173/1994, de 7 de junio.

Existen varios elementos que nos permitirían diferenciar, si no netamente, sí aproximadamente, la desigualdad de trato del fenómeno discriminatorio. Así, advertimos que, frente a lo que ocurre con la desigualdad general de trato, el hecho de pertenecer a un determinado colectivo es clave en la discriminación. Por ello, es necesario realizar previamente una identificación del grupo «víctima» con respecto al grupo «normal».

Por otro lado, la diferente naturaleza de ambos fenómenos no excluye que la discriminación, al igual que la lesión del principio de igualdad formal, pueda manifestarse a través de las modalidades tradicionales referidas, fundamentalmente, a actos o disposiciones de los poderes públicos: a) ausencia de generalidad en la ley; b) aplicación parcial de la norma, ya sea a través de actos administrativos o decisiones judiciales; c) establecimiento de distinciones discriminatorias en el mismo contenido de la ley. Pero, por otro lado, advertimos que las particularidades del fenómeno discriminatorio determinan la existencia de modalidades distintas. He sostenido que tras un acto de discriminación existe un proceso profundo de «victimización» sistemática de determinados colectivos. Por ello, es necesario aceptar que con frecuencia el fenómeno discriminatorio no surgirá sólo de los poderes públicos. La misma sociedad genera conductas discriminatorias, en ocasiones más intensas que las producidas por los poderes públicos y también más difíciles de detectar y corregir. Por ello, todo sistema de medidas deberá tener también en cuenta este aspecto²⁸, de tal modo que el Estado no sólo tendrá que asegurar la desaparición de disposiciones y actos jurídicos discriminatorios, sino también tratar de remediar las situaciones discriminatorias de origen social. El Estado discriminaría por omisión si las permitiera. Ello, en ocasiones, requerirá una especial sensibilidad para captar, tras comportamientos aparentemente neutros, verdaderas discriminaciones de hecho. En este sentido, lo que se suelen denominar discriminaciones indirectas son el resultado de diferenciaciones apoyadas en criterios aparentemente equitativos, pero que redundan negativamente de un modo desproporcionado sobre colectivos históricamente discriminados. Un ejemplo de estas discriminaciones camufladas podríamos encontrarlo en el actual uso interesado de determinados conceptos y adelantos científicos. En el campo de la genética esto es extraordinariamente evidente. Así encontramos que en países como Dinamarca o Estados Unidos se está haciendo relativamente frecuente la exigencia de pruebas genéticas para el ingreso en determinados trabajos. Estas pruebas se exigen sólo a algunos colectivos, por

²⁸ Sobre la distinción entre discriminación «legal» y «social» vid. RAMM, «Introducción», en F. SCHMIDT y otros, *Discrimination in Employment*, Estocolmo, 1978, p. 251.

ejemplo ciudadanos negros. Al existir enfermedades en las que la mayoría de los miembros de una raza son portadores, ello se traduce en la práctica prohibición de acceso al trabajo. El caso real lo podemos encontrar en la Academia de las Fuerzas Aéreas de los Estados Unidos, donde durante diez años se exigieron pruebas genéticas para su acceso, de tal modo que los portadores de la enfermedad denominada anemia falciforme, prácticamente todos lo afroamericanos, quedaban excluidos del ingreso. En un juicio posterior no se pudo probar que los portadores de tal enfermedad tuvieran algún problema para desarrollar su actividad en tal Academia y se declaró tal práctica discriminatoria²⁹.

Una tercera diferencia entre el principio de igualdad y el de no discriminación haría referencia al distinto alcance que en cada una de estas situaciones tendría la exigencia de paridad de trato. Como sabemos, la igualdad formal de trato no siempre se traduce en identidad de trato; sólo en aquellos supuestos en los que las diferencias no son calificadas como relevantes. El principio de igualdad de trato respetará la discrecionalidad, con un amplio margen de decisión, de los poderes públicos, y vedará sólo la arbitrariedad. No se eliminan las diferencias, sólo se exige que éstas no sean arbitrarias. Sin embargo, con el tratamiento de la discriminación el problema es distinto. Aquí de lo que se trata es de eliminar la discrecionalidad, por lo que sí que debe exigirse, en principio, paridad de trato para que no prevalezca la discriminación. Pensemos, por ejemplo, en el caso del sexo o la raza. Existe una presunción muy fuerte de que cualquier distinción en base a este criterio no está justificada. La causa de discriminación, una vez identificada como tal, no podrá operar como razón de la diferenciación, presumiéndose su ilicitud de antemano y, en todo caso, exigiéndose para lo contrario una labor de justificación muy estricta por parte de los Tribunales³⁰. Sin embargo, este principio general de paridad radical, siguiendo a Rodríguez Piñero y Fernández López, admitiría, fundamentalmente, tres tipos de excepciones: a) aquellos supuestos en los que el trato desigual obtenga un resultado que represente un valor constitucionalmente superior al de la igualdad por razón de

²⁹ SUZUKI, D., y KNUDTSON, P., *Genética. Conflicto entre la ingeniería genética y los valores humanos*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 144; SANMARTÍN, J., y otros (eds.), *Estudios sobre Sociedad y Tecnología*, Anthropos, pp. 253-254. Otro caso se produjo en enero de 1978 en EE. UU. La «American Cynamid» anunció su intención de excluir a mujeres en edad de concebir (entre los dieciséis y cincuenta años) de aquellos puestos de trabajo que conllevasen exposición a sustancias tóxicas a menos que se esterilizaran. Cinco lo hicieron y al resto se les cambió de puesto de trabajo disminuyéndoles el sueldo (SANMARTÍN, J., y otros, *op. cit.*, p. 253).

³⁰ Así se ha manifestado el TC en Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre. *Vid.*, sobre este punto, PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., y DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 15.

sexo, raza, etc...³¹ o bien cuando una determinada norma constitucional prevalente disponga lo contrario³². Estos supuestos serán, lógicamente, muy pocos; b) aquellos casos límite en los que, por la naturaleza de la actividad o profesión, esté justificada la exigencia de ciertos requisitos personales³³; c) aquellos supuestos en los que la disparidad de trato logre más efectivamente la tutela antidiscriminatoria. Se trataría de las medidas de discriminación positiva. En efecto, si el mandato de no discriminación se entiende como un puente entre la igualdad formal y la igualdad material³⁴ podemos sostener que tales diferencias de trato no sólo estarán justificadas sino que, en muchos casos, adquirirán el carácter de mandato directo del principio de no discriminación³⁵.

He señalado que el principio de no discriminación se convierte así en un puente entre la igualdad formal y la material, advirtiéndose, por otro lado, que tal y como aquí la entendemos no tendría cabida en el Estado liberal. Sin embargo, no por ello se asimila o confunde con la segunda vertiente de la igualdad. En efecto, mientras que el mandato de no discriminación implicaría un «derecho a ser diferente» (no una mera tolerancia), sin que ello redundara en un trato diferente, la igualdad material, como sabemos, expresaría el derecho a un cierto equilibrio en las condiciones materiales básicas de la vida³⁶. Como veremos más adelante, la promoción del principio de no discriminación en ocasiones obligará a remover las condiciones económicas —en aquellos supuestos en los que éstas tengan una influencia decisiva sobre el fenómeno discriminatorio—, mientras que en otras no será necesario.

3. LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

Como he apuntado anteriormente, la protección o tutela del principio de igualdad formal se limitaría, principalmente, a invalidar aquellos actos o dis-

³¹ ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1985, p. 388.

³² Para RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., éste sería el supuesto de la derogación del artículo 14 en razón de la prevalencia del 57.4 relativo a la sucesión en la Corona.

³³ Así, por ejemplo, la opinión política y religiosa en ciertos empleos.

³⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y Discriminación*, op. cit., pp. 76-77.

³⁵ El Tribunal Constitucional Español en reciente sentencia ha conectado el artículo 14 con el 9.2, sosteniendo, en el caso del fenómeno discriminatorio, la necesidad de remover obstáculos que impidan la igualdad real del colectivo discriminado. Así STC 229/1992, FJ. 2; 28/1992, de 29 de marzo; 3/1993, de 14 de enero; 20/1994, de 27 de enero, y 109/1993, de 25 de marzo.

³⁶ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E., «Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 69.

posiciones que contuvieran o supusieran un trato desigual arbitrario. Tendría, por ello, un carácter fundamentalmente reparador. Sin embargo, la tutela antidiscriminatoria no puede limitarse tan sólo a prohibir y a anular los actos discriminatorios. Se trata de incidir en las mismas raíces sociales del fenómeno enfrentándose al problema de la existencia de un grupo «victimizado» con respecto al grupo «normal». Por ello, las medidas de lucha contra éste serán mucho más complejas, incluyendo también las de carácter promocional, entre las que podríamos destacar las ya citadas de discriminación positiva. Pero, además, en el fenómeno discriminatorio concurren una serie de factores que determinan, asimismo, que éste demande instrumentos muy variados. Así, aunque el trato discriminatorio presenta, como hemos visto, caracteres comunes, responde a muy diferentes causas —sexo, ideología, raza, etc.— y por ello engloba situaciones muy dispares. Asimismo, sus efectos y consecuencias serán variables dependiendo del ámbito en el que se produzca la discriminación (laboral, educativa, política, familiar, etc...). Por otro lado, aunque es muy frecuente que las conductas discriminatorias en atención a una causa específica sobrevivan a lo largo de amplios períodos históricos —por ejemplo, la segregación a causa de la raza— suelen tener manifestaciones externas distintas y aún consecuencias dispares. Las medidas convenientes deberán, por ello, evolucionar al compás que lo hace el fenómeno en la misma sociedad.

Hemos señalado anteriormente que las conductas discriminatorias pueden provenir tanto de actos o disposiciones estatales (poderes del Estado), como de conductas particulares. Amparándonos en la rotundidad del segundo inciso del artículo 14 de la CE —«sin que pueda prevalecer discriminación alguna»— entendemos que la tutela antidiscriminatoria deberá tener en cuenta estos dos niveles³⁷:

a) Con respecto a la acción de los poderes del Estado es evidente que, en primer lugar, la actividad legislativa es, por un lado, origen de actos discriminatorios, mientras que, por otro, resulta clave en la lucha contra la discriminación. Con respecto a las discriminaciones consagradas en disposiciones legales hay que destacar la labor de corrección de las deficiencias legislativas que perpetúan el fenómeno. Así, por ejemplo, y con respecto a la discriminación

³⁷ No quiero dejar de hacer notar la importancia que en la lucha contra la discriminación tienen los instrumentos jurídicos internacionales, hasta el punto de que muchas políticas estatales se inspiran, como es sabido, en ellos. Sin embargo, y como hice notar al principio de este trabajo con el respecto al planteamiento del problema en el ámbito internacional, la extensión del tema me obliga a dejar de lado esta importante dimensión. *Vid.*, con respecto a la discriminación por razón de raza, DE LUCAS, J., «El desafío de las fronteras», *Temas de hoy*, Madrid, 1994, pp. 185 y ss.

racial, De Lucas³⁸ recuerda lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, y en concreto el artículo 2.1.c) el cual establece que «cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista»³⁹. Con respecto a los inmigrantes, este autor propone las siguientes: el reconocimiento y garantía del derecho a voto en las elecciones locales, la homologación del trato penal, de tal modo que no se admitieran penas adicionales para los extranjeros como, por ejemplo la opción que puede tomar el Juez español de sustituir la pena de un delito menor por la expulsión del territorio nacional⁴⁰. Debe también tenderse a la eliminación de privilegios mediante la supresión de determinadas garantías legales que los mantuvieran cuando la causa que pretendiera justificarlos no fuera razonable. En este campo merece destacarse la labor depuradora del ordenamiento jurídico que realiza el Tribunal Constitucional con respecto a aquellos preceptos que contraríen el verdadero espíritu del artículo 14.

En segundo lugar, la ley es el cauce privilegiado para elaborar medidas promocionales que tengan como fin atajar de raíz fenómenos de discriminación arraigados. Ello supone una importante línea de acción, no negativa, sino positiva. En efecto, frente a la labor judicial que fundamentalmente produce la mera desaparición del acto discriminatorio con efectos particulares y que, al no incidir directamente sobre el problema, mantiene la potencial discriminación sobre el colectivo «víctima», y ni tan siquiera garantiza que la discriminación no se reproduzca en el mismo sujeto ya demandante, las medidas positivas son determinantes para acudir a la raíz del fenómeno. Aquí cabrían las ya referidas discriminaciones inversas en favor de colectivos históricamente marginados (mujeres, negros, etc...). Estas medidas deberán aplicarse con prudencia. No hay que olvidar que en determinados supuestos pueden revolverse contra el mismo colectivo ya discriminado aumentando, por ejemplo, el odio racista. Asimismo deberán vertebrarse como instrumentos de carácter temporal, hasta que la situación se equilibre, y su mantenimiento debería sostenerse a partir de estudios de carácter empírico sobre sus consecuencias⁴¹.

³⁸ DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?*, op. cit., p. 95.

³⁹ El texto se puede encontrar en PECES-BARBA, G., y otros, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 345.

⁴⁰ Vid. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?*, op. cit., p. 95.

⁴¹ Vid. RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación Inversa e Igualdad», en Valcárcel, A. (comp.), *El Concepto de Igualdad*, op. cit., pp. 84-85.

Con respecto a la actividad judicial se trata no sólo de insistir en la independencia de este poder en la aplicación de leyes no discriminadoras, sino de destacar la importancia de que en todas las instancias se realice una interpretación del Derecho dinámica y progresiva en este punto, de acuerdo con la verdadera naturaleza social y unilateral del fenómeno (así, por ejemplo, la STC 20/1994, de 27 de enero). A falta de una concreción general del artículo 14 II por parte del legislador, será necesaria la especificación de las consecuencias de este principio a partir de la interpretación de las normas particulares que puedan tener relación con él. Ésta labor, por otro lado, no es tangencial, por cuanto que es claro que los cambios en un sistema jurídico no se producen, tan sólo, a través de intervenciones legislativas. Éstos también tienen lugar de modo muy frecuente a partir de la reinterpretación de normas ya existentes, adecuándolas a una realidad social cambiante y a nuevas tendencias constitucionales.

Con respecto al Tribunal Constitucional merecen ser destacadas algunas medidas concretas que este órgano ha desarrollado y que pueden resultar positivas para la tutela antidiscriminatoria. Así, por ejemplo, la extensión del mandato de no discriminación a las relaciones entre particulares. Tan sólo se trata de dejar constancia de que el Tribunal Constitucional ha entendido reiteradas veces que cuando un particular solicita protección estatal la denegación de tal protección implica por sí la realización de un acto discriminatorio por omisión del órgano público⁴². Ello es importante, por cuanto que, como he señalado con anterioridad, el fenómeno discriminatorio en muchas ocasiones es generado directamente por los particulares.

⁴² En este sentido, por ejemplo, la sentencia TC 177/1988, de 10 de octubre, sostiene que:

«Ciertamente el artículo 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (FJ 6) "en un Estado Social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social". De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el artículo 1.1 CE propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.» En el mismo sentido la STC 55/1983, de 22 de junio, FJ 5 («BOE» de 25 de julio).

En otro plano merece destacarse que sobre el poder ejecutivo recae la responsabilidad de elaborar políticas globales en materia de discriminación que intenten promocionar a los colectivos históricamente segregados. En el ámbito económico, cultural y social estas medidas tendrán un fuerte apoyo en el artículo 9.2 CE. Es cierto que, como destaca De Lucas, la desigualdad económica y la miseria son lastres que imposibilitan, en muchos casos, el acceso a la democracia y a los derechos⁴³. Pero entiendo, a diferencia de Montoya⁴⁴, que estos factores no deben considerarse como centro y raíz de la discriminación. Tanto la desigualdad económica, como la cultural o la jurídico-política, más que causas de discriminación serían datos externos y consecuencias de la crisis más profunda que implica el fenómeno discriminatorio⁴⁵. Estas desigualdades podrían operar a su vez potenciando la discriminación, a modo de círculo vicioso, pero el fenómeno discriminatorio propiamente dicho no tendría su raíz en ellas, ya que, como ya he señalado anteriormente, se trataría fundamentalmente de una construcción social. Aun así, y tratándolas como datos externos que ayudan a perpetuar la discriminación, no deben ser olvidadas las medidas económicas, culturales, educativas, etc. Por ello, en el ámbito económico parece importante realizar un esfuerzo por satisfacer necesidades que de hecho operan como factores que estimulan la discriminación⁴⁶. También las políticas de educación serán fundamentales para afrontar el problema de la discriminación. Así, por ejemplo, el esfuerzo por formar a las jóvenes generaciones en la valoración positiva de la diferencia, entendiéndola como riqueza, y ello de un modo muy claro con respecto al factor de la raza. No hay que olvidar, por otro lado, la gran influencia que sobre la población ejercen los medios de comunicación. Una profunda reflexión sobre la incidencia de sus mensajes sobre la sociedad debería conducir a fomentar el espíritu cívico, el pluralismo y el reconocimiento de la diferencia extremando el cuidado por no enfocar el tema como si de un problema de tolerancia se tratara. La diversidad debe ser aceptada en un sentido positivo, de acuerdo con su riqueza original, y por ello plasmarse en el reconocimiento de derechos. También puede resultar constructivo el fomento de debates en los que se discuta el problema creando una sensibilidad social que, por ejemplo, con respecto a minorías discriminadas, pueda plasmarse en asociaciones anti-discriminación⁴⁷.

⁴³ DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Temas de hoy, Madrid, 1994, pp. 25 y ss.

⁴⁴ MONTOYA, M. A., *Las claves del racismo contemporáneo*, Prodhufi, Madrid, 1994, pp. 38 y 120.

⁴⁵ Vid. DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Temas de hoy, Madrid, 1994, p. 1984 con respecto al racismo.

⁴⁶ Vid. PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general*, Eudema, 1991, p. 249.

⁴⁷ Vid., en este sentido, MONTOYA, M. A., *Las claves del racismo contemporáneo*, op. cit., p. 78.

b) Por último, entrando en el ámbito de actuación de los particulares, ya se ha señalado la importancia que sus actuaciones revisten en el conjunto del fenómeno global discriminatorio. Pero interesa destacar, siguiendo a De Lucas, el papel que debe tener la solidaridad en la lucha contra la discriminación. Este valor, que podemos entender implícito en nuestra Constitución, siguiendo a este autor, «añadiría a la igualdad algunos interesantes matices, por ejemplo, en lo relativo a la protección de las minorías y de sectores marginados de la población»⁴⁸. La solidaridad debe servir de complemento adecuado a los cauces antes señalados, así como vía de superación de las insuficiencias que actualmente presenta el Estado Social. El principio de solidaridad pondrá en cuestión la visión liberal, por otro lado, de plena vigencia en la actualidad, según la cual los deberes positivos hacia los demás son algo extraño y de carácter excepcional cuya realización requiere una justificación muy fuerte⁴⁹. La solidaridad supone que las responsabilidades positivas no deben ser sólo asumidas por el Estado social. También los individuos poseen responsabilidad por omisión, abiertamente en contra del prejuicio de que no debemos nada a nadie.



⁴⁸ DE LUCAS, J., *El Concepto de Solidaridad*, México, Fontamara, 1993, p. 33. *Vid.*, asimismo, DE LUCAS, J., y VIDAL, E., «Los Principios básicos de la Constitución (II): El Título I», en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Universidad de Valencia, 1980, pp. 50 y ss.; VIDAL, E., «La Solidaridad», *Anuario de Filosofía del Derecho*.

⁴⁹ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en *Sistema*, 1991, pp. 123 y ss. *Vid.*, asimismo, mi trabajo «Aproximación a los derechos económicos, sociales y culturales», en *Libro Homenaje a Manuel Broseta*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.